

Da Aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos Agentes Políticos e a Inexistência de Foro por Prerrogativa de Função

Fabício Rocha Bastos*

Sumário

1. Introito: Contextualização do Tema. 2. Da (In)Existência de Foro por Prerrogativa de Função na Seara da Improbidade Administrativa – Competência do Juízo de Primeiro Grau para Processo e Julgamento. 3. Da Inexistência de *bis in idem* na Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa ao Agente Político. 4. Da Natureza Jurídica das Sanções Decorrentes da Prática do Ato de Improbidade Administrativa. 5. Da Natureza Jurídica da Ação de Improbidade Administrativa. 6. Da Submissão dos Agentes Políticos aos Ditames da Lei de Improbidade Administrativa. 7. Conclusão.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo enfrentar a polêmica em torno da aplicabilidade do foro por prerrogativa de função em favor dos agentes públicos na seara da Improbidade Administrativa.

No decorrer do texto serão apresentadas as diversas posições doutrinárias existentes sobre o tema, bem como os entendimentos dos tribunais superiores, com a indicação da solução jurídica mais adequada ao combate à corrupção.

O artigo abordará, ainda, a natureza jurídica das sanções do ato de improbidade administrativa, bem como a submissão dos agentes políticos à Lei nº 8429/1992, como forma de reforçar a fundamentação da inaplicabilidade do foro por prerrogativa de função.

Abstract

This article aims to address the controversy surrounding the applicability of the forum by prerogative of function in favor of public agents in the area of Administrative Improbability.

In the course of the article the various doctrinal positions on the subject will be presented, as well as the understandings of the superior courts, indicating the most appropriate legal solution to combat corruption.

* Mestrando em Direito na Universidade *Degli Studi di Roma Tor Vergata*. Especialista em Processual Civil pela Universidade Veiga de Almeida/RJ. Membro do MPRJ. Membro do *International Association of Prosecutors*. Membro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual Civil. Professor da Pós Graduação da FGV, UCAM, FEMPERJ e EMERJ. Professor da EMERJ, FEMPERJ, AMPERJ e FESMPMG.

The article will also address the legal nature of the sanctions of the administrative improbity act, as well as the submission of the political agents to the Law 8429/1992, as a way of reinforcing the grounds for the inapplicability of the forum by virtue of its function.

1. Introito: Contextualização do Tema

O tema que será tratado no presente art. sofreu, ao longo dos anos, intenso debate na jurisprudência dos tribunais superiores, com algumas reviravoltas que foram, ao menos é o que se espera, finalmente sedimentadas em teses jurídicas que podem ser utilizadas em casos concretos futuros.

Para que possa ser absorvido o tema ora proposto, imprescindível abordar os seguintes tópicos: a) (in)existência de foro por prerrogativa de função na seara da improbidade administrativa; b) natureza jurídica da ação de improbidade administrativa; c) natureza jurídica das sanções decorrentes da lei de improbidade administrativa; e d) aplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos.

2. Da (In)Existência de Foro por Prerrogativa de Função na Seara da Improbidade Administrativa – Competência do Juízo de Primeiro Grau para Processo e Julgamento

Inicialmente, releva mencionar a questão da competência para processar e julgar Ações Cíveis Públicas que versem sobre atos de improbidade administrativa praticados por agentes políticos em decorrência do exercício das suas funções públicas, haja vista a submissão de alguns destes ao regime jurídico do crime de responsabilidade enquanto infração político-administrativa.

Com efeito, a questão nodal acerca da existência ou não de foro por prerrogativa de função decorreu da edição da Lei nº 10.628/02, que conferiu nova redação ao art. 84 do Código de Processo Penal¹, nele introduzindo dois parágrafos, passando a criar o malfadado foro por privilegiado.

Assim, a nova redação estendeu a denominada “competência por prerrogativa de função”, antes existente tão somente para o processamento e julgamento de *infrações penais*, para o conhecimento e julgamento de atos de improbidade administrativa cuja natureza é, à evidência, nitidamente cível, e também ressuscitou o antigo verbete nº 394 da súmula da jurisprudência dominante no Colendo Supremo Tribunal Federal.²

¹ “Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por *crimes comuns e de responsabilidade*. §1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. §2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no §1º.”

² “Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício.”

Insta consignar que o referido verbete fora editado em 03.04.1964, tendo sido cancelado por decisão proferida pelo Tribunal Pleno no Inquérito 687-QO, publicada no DJ de 09.11.2001, destacando-se que aquele enunciado somente se aplicava às questões criminais.

Analisando-se a citada norma infraconstitucional, verifica-se a sua patente violação à Constituição da República Federativa do Brasil, na extensão do denominado “foro por prerrogativa de função” quando a lide versa sobre a prática de ato de improbidade administrativa, querendo fazer criar em nosso ordenamento jurídico um verdadeiro “foro privilegiado”, privilegiando o agente e não assegurando o exercício de sua função, razão precípua da existência do critério de competência.

A inconstitucionalidade do diploma legislativo em tela exsurge a partir da constatação do desrespeito ao comando esculpido na regra do art. 125, §1º da CRFB, o qual determina expressamente seja *a competência originária dos Tribunais de Justiça definida pela respectiva Constituição Estadual e, não, por lei ordinária*, como ocorre no diploma legislativo ora em testilha.

Aliás, frise-se que o sistema adotado pela Carta Política de 1988 é no sentido de que a competência originária de quaisquer tribunais, sejam os superiores, sejam os demais, somente possa ser definida pelo próprio texto constitucional ou, quando muito, por norma de constituição estadual, e isso em havendo a expressa previsão para tal (uma espécie de “delegação” ao Poder Constituinte derivado estadual).

Assim, a definição da competência originária dos tribunais é matéria sujeita à reserva de constituição, sendo defeso ao legislador infraconstitucional disciplinar tal matéria, como o fez ao promulgar a Lei nº 10.628/02, arvorando-se, dessa forma, no papel do Poder Constituinte Derivado e corroendo a própria força normativa da Constituição da República, já que traz obstáculo ao combate à improbidade administrativa, objeto de expressa previsão constitucional (*cf.* art. 37, §4º) e à própria corrupção de modo geral.

Por oportuno, destaque-se o entendimento pacífico e reiteradamente adotado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal de que o rol de competência dos tribunais é de direito estrito e possui fundamento constitucional, conforme *supra* aludido³.

Por outro lado, cumpre sublinhar que a Constituição da República apenas previu o chamado “foro por prerrogativa de função” para o conhecimento e julgamento de crimes comuns e/ou de responsabilidade, categorias nas quais não se encaixam os atos de improbidade administrativa e cujas sanções possuem natureza cível, o que se pode aferir a partir de leitura do *caput* do art. 12 da Lei nº 8.429/92 (“Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está

³ “COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONTRA PRESIDENTE DA REPÚBLICA. LEI Nº 7.347/85. A competência do Supremo Tribunal Federal é de direito estrito e decorre da Constituição, que a restringe aos casos enumerados no art. 102 e incisos. A circunstância de o Presidente da República estar sujeito à jurisdição da Corte, para os feitos criminais e mandados de segurança, não desloca para esta o exercício da competência originária em relação às demais ações propostas contra ato da referida autoridade. Agravo regimental improvido.” (grifos nossos) Petição 693 AgR/SP.

o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações [...]”), bem como do já mencionado art. 37, §4º da Constituição da República Federativa do Brasil (“Os atos de improbidade importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”).

Logo, afronta a própria Carta Magna de 1988 qualquer extensão do referido “foro por prerrogativa de função” para o conhecimento e julgamento de atos de improbidade administrativa, através de norma infraconstitucional, como bem salienta a mais autorizada doutrina e precedentes dos tribunais superiores.⁴

⁴ A lição do eminente *Emerson Garcia* aponta no mesmo sentido da assertiva contida no parágrafo anterior, a saber: “A questão ora estudada, longe de apresentar importância meramente acadêmica, possui grande relevo para a fixação do rito a ser seguido e para a identificação do órgão jurisdicional competente para processar e julgar a lide, já que parcela considerável dos agentes ímprobos goza de foro por prerrogativa de função nas causas de natureza criminal. Identificada a natureza cível das sanções a serem aplicadas, inafastável será a utilização das regras gerais de competência nas ações que versem sobre improbidade administrativa, o que culminará em atribuir ao Juízo monocrático, *verbi gratia*, o processo e o julgamento das causas em que (...) prefeitos (...) figurem no polo passivo.” (In: *Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. Obra em coautoria com Rogério Pacheco Alves, p. 341-342). No mesmo sentido, ensina, *mutatis mutandi*, o autorizado jurista *Fábio Konder Comparato*, *verbis*: “Se a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de improbidade administrativa às sanções por ela expressas da ação penal cabível, é, obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal. Na Lei nº 8.429, de 1992, de resto, distinguem-se claramente as penas de perda de função pública, de perda dos bens ou valores ilícitamente acrescidos ao patrimônio do responsável e de ressarcimento do dano, cominadas no art. 12 das ‘sanções penais, cíveis e administrativas, previstas na legislação específica’. (...) Por conseguinte, pode-se, em teoria, discutir sobre se a ação de improbidade administrativa tem natureza cível, ou se ela é *sui generis*. O que parece, contudo, indisputável é que essa ação judicial não tem natureza penal. As disposições tradicionais, como afirma a mais longeva tradição, não comportam interpretação ampliativa ou analógica. Essa regra hermenêutica é tanto mais rigorosa quando nos deparamos com exceções a princípios fundamentais, inscritos na Constituição. Os privilégios de foro, como se procurou mostrar no corpo deste trabalho, representam uma exceção ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. Em consequência, tais prerrogativas devem ser entendidas à justa, sem nenhuma ampliação do sentido literal da norma. Se o constituinte não se achar autorizado a conceder a alguém mais do que a consideração da utilidade pública lhe pareceu justificar, na hipótese, seria intolerável usurpação do intérprete pretender ampliar esse benefício excepcional” (Competência do Juízo de 1º Grau. In: *Improbidade Administrativa – 10 Anos da Lei nº 8.429/92*, obra coletiva, p.127). (grifos nossos). Ademais, impende colacionar acórdão ilustrativo do entendimento pacífico do *Egrégio Supremo Tribunal Federal* nesse mesmo sentido, qual seja: “PROTESTO JUDICIAL FORMULADO CONTRA DEPUTADO FEDERAL – MEDIDA DESTITUÍDA DE CARÁTER PENAL (CPC, ART. 867) – AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. A PRERROGATIVA DE FORO – UNICAMENTE INVOCÁVEL NOS PROCEDIMENTOS DE CARÁTER PENAL – NÃO SE ESTENDE ÀS CAUSAS DE NATUREZA CIVIL. – As medidas cautelares a que se refere o art. 867 do Código de Processo Civil (protesto, notificação ou interpelação), quando promovidas contra membros do Congresso Nacional, não se incluem na esfera de competência originária do Supremo Tribunal Federal, precisamente porque destituídas de caráter penal. Precedentes. A COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CUJOS FUNDAMENTOS REPOUSAM NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – SUBMETE-SE A REGIME DE DIREITO ESTRITO. – A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes. O regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional, tem levado o Supremo Tribunal Federal, por efeito da taxatividade do rol constante da Carta Política, a afastar, do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional (ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares), mesmo que instauradas contra o Presidente da República ou contra qualquer das autoridades, que, em matéria penal (CF, art. 102, I, b e c), dispõem de

Feitas as considerações *retro*, convém salientar que a referida lei ordinária já teve sua constitucionalidade contestada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2797) proposta pela CONAMP (Associação Nacional dos Membros do Ministério Público) e pela AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros), tendo o Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal proferido decisão reconhecendo a inconstitucionalidade do referido dispositivo legal.⁵

prerrogativa de foro perante a Corte Suprema ou que, em sede de mandado de segurança, estão sujeitas à jurisdição imediata do Tribunal (CF, art. 102, I, d). Precedentes” (G. REG. EM PETIÇÃO – AGRPET-1738 / MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO, julgamento: 01/09/1999 – Tribunal Pleno – grifamos).

⁵ “Improbidade Administrativa e Prerrogativa de Foro. O Tribunal iniciou julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP e pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB contra os §§ 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pelo art. 1º da Lei nº 10.628/2002. Alega-se ofensa aos arts. 2º; 102, I; 105, I; 108, I e 125, §1º, da CF. Inicialmente, afastou-se, por unanimidade, a preliminar de ilegitimidade da CONAMP e a de ausência de pertinência temática das requerentes. Quanto àquela, tendo em conta recente precedente do Pleno no qual se decidira pela legitimação para ação direta de inconstitucionalidade das chamadas ‘associações de associações’ (ADI 3153 AgR/DF — v. Informativo 356) e, ainda, em virtude de o novo estatuto da CONAMP restringir a qualidade de associados efetivos às pessoas físicas integrantes da categoria. Quanto a esta, por se entender que as normas impugnadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário e, por conseguinte, entre os do Ministério Público, o que configuraria a necessária relação de pertinência entre aquelas e as finalidades institucionais das respectivas entidades nacionais de classe. Em relação ao mérito, o Min. Sepúlveda Pertence, relator, julgou procedente o pedido de ambas as ações. Salientou que o §1º do art. 84 do CPP constitui reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394, ocorrido no julgamento do Inq 687 QO/SP (DJU de 9.11.2001), cujos fundamentos a lei nova estaria a contrariar, e no qual se entendera que a tese sumulada não se refletiria na CF/88 (Enunciado 394 da Súmula: ‘Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício’). Asseverou ser improcedente a alegação de que o cancelamento da Súmula 394 se dera por inexistir, à época, previsão legal que a consagrasse, já que tanto a súmula quanto a decisão no Inq 687 QO/SP teriam derivado de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. Declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 84 do CPP por considerar que o mesmo, além de ter feito interpretação autêntica da Carta Magna, o que seria reservado à norma de hierarquia constitucional, teria usurpado a competência do STF como guardião da Constituição Federal ao inverter a leitura por ele já feita de norma constitucional, o que, se admitido, implicaria sujeitar a interpretação constitucional do STF ao referendo do legislador ordinário. Declarou, também, a inconstitucionalidade do §2º do art. 84 do CPP. Disse que esse parágrafo veiculou duas regras: a que estende a competência especial por prerrogativa de função para inquérito e ação penais à ação de improbidade administrativa e a que manda aplicar, em relação à mesma ação de improbidade, a previsão do §1º do citado art. Esta última regra, segundo o relator, estaria atingida por arrastamento pela declaração de inconstitucionalidade já proferida. E a primeira implicaria declaração de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal. Ressaltou que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do §4º do art. 37 da CF (“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”) e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria. Salientou, ainda, que a Constituição Federal reservou às constituições estaduais, com exceção do disposto nos arts. 29, X e 96, III, a definição da competência dos seus tribunais (CF, art. 125, §1º), o que afastaria, por si só, a possibilidade da alteração dessa previsão por lei federal ordinária. Concluiu que o eventual acolhimento, no julgamento da Rcl. 2138/DF, da tese de que a competência constitucional para julgar crimes de responsabilidade se estenderia às ações de improbidade, não prejudicaria nem seria prejudicado pela declaração de inconstitucionalidade do §2º do art. 84, já que a competência dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que aquela para julgar os crimes comuns. Após, o Min. Eros Grau pediu vista dos autos. (CPP: ‘Art. 84. A competência pela prerrogativa de função é do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, relativamente às pessoas que devam responder perante eles por crimes comuns e de responsabilidade. §1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a

Aliás, pertinente aduzir que logo após a decisão proferida em sede de controle concentrado, o Egrégio Supremo Tribunal Federal, confirmou, em sede de Reclamação, o entendimento ora defendido.⁶

Destarte, em nosso entender, o Juízo Cível de 1º Grau é o Juízo Natural para conhecer e julgar as demandas de improbidade administrativa.

De outra banda, muito embora não se possa, no plano estritamente jurídico, adotar a premissa de que a *ampliação das hipóteses de prerrogativa de função acarretará, pura e simplesmente, a impunidade dos agentes improbos*, o fato é que, dado o volume de inquéritos civis e ações civis públicas hoje em regular processamento (relembre-se que estão espalhados em todo o território nacional mais de cinco mil municípios), restará impossível, do ponto de vista prático, a eficaz incidência do sancionamento preconizado pela Lei nº 8.429/1992, sobretudo se considerarmos a exiguidade do prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 23, inciso I, da mencionada Lei. Tal aspecto, longe de representar uma preocupação alheia ao campo jurídico, participa fundamentalmente da noção de *devido processo legal substantivo*.

A atenta reflexão sobre as referidas inovações legislativas leva à conclusão de que, muito embora mascarada de roupagem processual, buscou a Lei nº 10.628/2002 afrontar a clássica distinção, agasalhada pelo art. 37, §4º da CRFB, entre infrações penais, civis e administrativas, conferindo o mesmo tratamento processual a hipóteses que o próprio texto constitucional desejou distinguir radicalmente.

Em resumo, a equiparação entre atos de improbidade administrativa e crimes, mesmo que pelo viés processual, representa um indisfarçável inconformismo com as claras diretrizes fixadas no art. 37, §4º da Lei Maior, ou seja, um desejo de subvertê-lo de forma ardilosa e vil.

Assim já se manifestou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça⁷ em pronunciamento sobre a inconstitucionalidade do “foro por prerrogativa de função” relativa aos atos de improbidade administrativa considerando a alteração introduzida pela Lei nº 10.628/02.

ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública. §2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no §1º).” ADI 2797/DF e ADI 2860/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 22.9.2004. (ADI-2797) (ADI-2860).

⁶ Reclamação nº 2.300-1 – Paraná – Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Rcl 15831 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 17/06/2013, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG. 19/06/2013 PUBLIC. 20/06/2013.

⁷ “COMPETÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. GOVERNADOR. Prosseguindo o julgamento, a Corte Especial entendeu, por maioria, que o STJ não tem competência para apreciar processos em que se discutem atos de improbidade administrativa supostamente praticados por Governador de Estado. A prerrogativa de foro dos governadores está relacionada à prática de ilícitos criminais comuns, sendo certo que a investigação de atos de improbidade administrativa refoge à competência expressa preconizada no art. 105, I, a, da CF/1988. Precedentes citados: Rcl 780-AP, DJ 7/10/2002; Pet 1.955-PR, e Rcl 591-SP, DJ 18/12/2000. AgRg na Pet 1.885-PR, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 16/5/2003.”

Por derradeiro, e pondo uma pá de cal em toda a discussão decorrente da edição da Lei nº 10.628/2002, repita-se, o Egrégio Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade da lei federal em análise, no bojo das ADIs 2797 e 2860.

O Supremo Tribunal Federal, como bem assinala a doutrina⁸, mesmo tratando-se de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão do ofício, de prerrogativa de foro, nos casos estritos de crimes comuns, não tem competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra elas possam ser ajuizadas.⁹

A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições, no âmbito dentro do qual haverá regular exercício da função jurisdicional, de extração essencialmente constitucional, e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida, não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que exorbitam os rígidos limites fixados pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República.¹⁰

Nada obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal fixou tese jurídica segundo a qual somente ele poderá processar e julgar os seus próprios Ministros por ato de improbidade administrativa.¹¹

Enquanto não ocorre nenhuma alteração legislativa, que, repita-se, demande emenda constitucional, o foro por prerrogativa de função está limitado aos processos criminais e não se estende àqueles cujo objeto envolva a prática de ato de improbidade administrativa, ainda que a conduta ímproba dos requeridos guarde subsunção com algum tipo penal.

O Superior Tribunal de Justiça já fixou tese jurídica no mesmo sentido do que é sustentado no presente art., mas diverge da nossa conclusão por entender que o juízo *a quo* somente poderá aplicar sanções de índole patrimonial ao agente público que ostentar foro por prerrogativa de função¹². Tal entendimento gerou eco em parte da doutrina, mas, atualmente, não é a tese predominante, tanto na doutrina quanto na própria jurisprudência.

⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6ª ed. Atlas, 1999. p. 180, item nº 7, 8; CAMARGO, Rodolfo Mancuso de. *Ação Popular*. p.129-130.RT, 1994; MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data*. 19ª ed., atualizada por Arnaldo Wald. Malheiros, 1998. p.122; MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. Saraiva, 1999. p.83-84; FIGUEIREDO, MARCELO. *Probidade Administrativa*. 3ª ed. Malheiros, 1998. p.91.

⁹ AI 556.727-AgR, Relator o Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 26.4.2012. AI 506.323-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 1º.7.2009. Rcl 15825, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, julgado em 28/02/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-048 DIVULG 11/03/2014 PUBLIC 12/03/2014. Rcl. 4.003, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 04.4.2006. Rcl 15131, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 28/11/2014, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 02/12/2014 PUBLIC 03/12/2014. Rcl 2.300/PR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – Rcl. 2.431-AgR/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE – Rcl. 2.855/BA, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – Rcl 2.905/MG, Rel. Min. CARLOS BRITTO. Rcl. 2657, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 06/06/2005, publicado em DJ 21/06/2005 PP-00046.

¹⁰ Pet 5080 DF DJe-148 DIVULG 31/07/2013 PUBLIC 01/08/2013 Julgamento 28 de Junho de 2013 Relator Min. CELSO DE MELLO.

¹¹ Q.O. em Pet. 3.211-0/DF, j. 13.08.2008, Min. Rel. Marco Aurélio.

¹² Rcl 2.790-SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgada em 2/12/2009.

Em outras palavras, o Superior Tribunal de Justiça¹³, em tese da qual discordamos, entendeu pela cisão funcional da competência quanto às sanções aplicáveis, pois entende que, apenas e tão somente, haverá restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente.

Ora, ao prevalecer tal entendimento, estar-se-á criando uma nefasta forma de imunização dos agentes políticos, bem como retirando a efetividade da tutela jurisdicional obtida através da sentença coletiva, pois não serão passíveis de aplicação as sanções de perda da função pública e de suspensão dos direitos políticos.¹⁴

Em boa hora, o Superior Tribunal de Justiça reviu esta equivocada tese jurídica para afirmar a inaplicabilidade do foro por prerrogativa de função na seara da improbidade administrativa pacificando, ao menos neste tribunal, tal entendimento.¹⁵

3. Da Inexistência de *bis in idem* na Aplicação da Lei de Improbidade Administrativa ao Agente Político

Em nosso ordenamento, há dois regimes sancionatórios, decorrentes da prática de atos contrários à probidade administrativa, aplicáveis aos agentes políticos: a) o

¹³ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. APLICABILIDADE AOS AGENTES POLÍTICOS. RECONHECIMENTO DE REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. DESNECESSIDADE DE SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, a pendência de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, não implica o sobrestamento de recursos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. 2. O Superior Tribunal de Justiça admite “a possibilidade de ação de improbidade em face de agentes políticos, em razão da perfeita compatibilidade existente entre o regime especial de responsabilização política e o regime de improbidade administrativa previsto na Lei nº 8.429/92, cabendo, apenas e tão somente, restrições em relação ao órgão competente para impor as sanções quando houver previsão de foro privilegiado *ratione personae* na Constituição da República vigente” (REsp. 1.282.046, RJ, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 27.2.2012). 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp. 1316294/RJ, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2015, DJe 24/06/2015).

¹⁴ “Ao se admitir tal entendimento, estar-se-á criando uma inusitada hipótese de exclusão do agente público com prerrogativa de foro das sanções de natureza político-administrativas típicas da ação de improbidade administrativa, já que, se a ação necessariamente deve tramitar no primeiro grau, mas nesse grau de jurisdição não se pode condenar o réu à suspensão dos direitos políticos e à perda do cargo, como lhe serão impostas tais sanções? Esse entendimento retira qualquer razão de ser da ação de improbidade administrativa, porque sem a possibilidade de aplicação das sanções previstas na Lei nº 9.429/1992 essa ação coletiva na realidade torna-se uma ação civil pública. Se o juízo de primeiro grau tem competência para o julgamento da ação de improbidade administrativa, tem o poder/dever de aplicar ao caso concreto a Lei nº 8.429/1992. Inclusive, e em especial, as sanções previstas pelo art. 12 de referido diploma legal”. NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Manual de Processo Coletivo*. 3ª ed. Bahia: Juspodivm, 2017. “A análise das sanções deve ser em razão da gravidade dos fatos, decorre da dosimetria. Não faz nenhum sentido limitar a decisão do juiz na ação de improbidade às sanções que ele já poderia obter em ações civis públicas. O entendimento do STJ precisa ser revisto no ponto, pois esvazia a tutela da probidade administrativa mediante a ação de improbidade quando os agentes tenham foro por prerrogativa de função. Levada ao extremo, quanto a estes agentes, restaria apenas a tutela penal e as infrações político administrativas.” DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 11ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

¹⁵ DIREITO ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NAS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. Os Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados não possuem foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa. Isso porque, ainda que o agente político tenha prerrogativa de foro previsto na CF quanto às ações penais ou decorrentes da prática de crime de responsabilidade, essa prerrogativa não se estende às ações de improbidade administrativa. AgRg na Rcl 12.514-MT, Rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 16/9/2013.

regime jurídico do crime de responsabilidade, regulamentado na Lei nº 1079/50 e no Decreto-Lei nº 201/1967, mas tal regime não é aplicável a todos os agentes políticos; b) o regime jurídico do ato de improbidade administrativa, regulamentado na Lei nº 8429/92.

O grande cerne do debate do tema versa sobre qual é o regime jurídico aplicável aos agentes políticos que praticam ato de improbidade administrativa e que se submetem ao regime jurídico do crime de responsabilidade. Considerando que, conforme preconizam os arts. 4º, V, e 9º da Lei nº 1079/1950 e 85, V, CR/1988, o ato de improbidade administrativa já é qualificado juridicamente como crime de responsabilidade, surge a necessidade de enfrentar a possibilidade, ou não, da aplicação cumulativa de ambos os regimes jurídicos.

Nem todas as sanções previstas para os atos de improbidade têm a mesma natureza das sanções aplicáveis aos crimes de responsabilidade, as quais são destinadas a fins políticos. Isso leva à conclusão de que ambos regimes jurídicos, ato de improbidade e crime de responsabilidade, são plenamente compatíveis e aplicáveis simultaneamente.¹⁶

Desse modo, é curial sustentar a coexistência da responsabilização política (crimes de responsabilidade) com a improbidade administrativa no que tange aos agentes políticos.¹⁷

Por fim, vale mencionar que o art. 52, parágrafo único da CR/88, de maneira expressa, preconiza a possibilidade de aplicação de outras sanções judiciais, ainda que haja condenação por crime de responsabilidade. Ora, independentemente do resultado do julgamento político realizado pela casa legislativa, será ainda possível o exercício de pretensão judicial para aplicação de outras sanções previstas no próprio ordenamento jurídico, como, aliás, preconiza a parte final do art. 37, §4º da CR/1988. No mesmo sentido, o art. 12 da Lei nº 8.429/1992, que traz o rol das sanções cabíveis,

¹⁶ Tal assertiva conta com o beneplácito de José dos Santos Carvalho Filho, *in verbis*: “As Leis nº 1079/50 e 8429/92 convivem harmoniosamente no sistema, sendo independentes as vias respectivas, mas será incabível formular na ação de improbidade pedido de aplicação de sanções de natureza política (perda do cargo, suspensão de direitos políticos), já que elas emanam naturalmente da ação penal de apuração de crime de responsabilidade. Em compensação, subsistiriam outras sanções sem tal natureza (como, v.g., multa civil, reparação de danos, proibição de benefícios creditícios ou fiscais etc.)”

¹⁷ No mesmo sentido, lapidar a lição doutrinária de Emerson Garcia: “O *impeachment*, desde a sua gênese, é tratado como um instituto de natureza político-constitucional que busca afastar o agente político de um cargo público que demonstrou não ter aptidão para ocupar. Os crimes de responsabilidade, do mesmo modo, consubstanciam infrações políticas, sujeitando o agente a um julgamento de igual natureza. Nesse sentido, aliás, dispunha a Exposição de Motivos que acompanhava a Lei nº 1079/50, ao tratar do item a ser seguido na persecução dos crimes de responsabilidade, que ‘ao conjunto de providências e medidas que o constituem, dá-se o nome de processo, porque este é o termo genérico com que se designam os atos de acusação, defesa e julgamento, mas é, em última análise, um processo *sui generis*, que não se confunde e se não pode confundir com o processo judiciário, porque promana de outros fundamentos e visa outros fins.’ (...) Não se pode perder de vista que a própria Constituição fala, separadamente, em ‘atos de improbidade’ e em ‘crimes de responsabilidade’, remetendo a sua definição para a legislação infraconstitucional. Como se constata, por imperativo constitucional, as figuras coexistem. Além disso, como ensejam sanções diversas, a serem aplicadas em esferas distintas (jurisdicional e política), não se pode falar, sequer, em *bis in idem*. Com escusas pela obviedade, pode-se afirmar que a Lei nº 1079/1950 é a lei especial a que se refere o parágrafo único do art. 85 da Constituição, enquanto a Lei nº 8429/1992 é a lei a que se refere o §4º do art. 37.” (O combate à corrupção no Brasil: Responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na sua Desarticulação. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 27, jan./mar. 2008).

em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa, preconiza que, além daquelas definidas no art., poderão ser aplicadas sanções penais, civis e administrativas previstas em legislação específica. Pela simples leitura destas normas, factível sustentar que não há qualquer óbice para a aplicação cumulativa dos regimes sancionatórios.¹⁸

4. Da Natureza Jurídica das Sanções Decorrentes da Prática do Ato de Improbidade Administrativa

Como forma de complementar o raciocínio que fundamenta a tese ora ventilada, impende abordar a natureza jurídica das sanções previstas no regime jurídico do ato de improbidade administrativa.

As sanções previstas nos arts. 12 da Lei nº 8429/1992 e 37, §4º da Constituição da República não revelam natureza penal, mas estritamente civil.

Nem cabe dar uma feição penal às infrações decorrentes da prática de ato de improbidade, pois a tipicidade aqui é aberta (tipos previstos em róis taxativos) e os elementos subjetivos (culpa e dolo) são valorados e narrados de forma diversa. Estruturalmente, portanto, são tipos com premissas e aplicabilidade completamente diversos.¹⁹

As sanções não possuem índole criminal, tanto que é expresso o dispositivo do art. 12 da Lei nº 8429/1992 no tocante a ressaltar “independentemente das sanções penais”, enquanto o art. 37, §4º da Constituição da República deixa em destaque “sem prejuízo da ação penal cabível”. Impende destacar, também, a redação do art. 52, parágrafo único da Constituição da República no mesmo sentido. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu neste mesmo sentido fixando tese jurídica segundo a qual os agentes políticos municipais, por exemplo, se submetem aos ditames da Lei nº 8.429/1992, sem prejuízo da responsabilização política e criminal estabelecida no Decreto-Lei nº 201/1967, que podem ser aplicáveis aos demais agentes políticos, na forma dos arts. 927, III, 985, I e 1040 do CPC/15.²⁰

Pela regra, um funcionário público está sujeito a sofrer sanções penais capituladas no Código Penal; civis, consistentes em indenizações porventura cabíveis; administrativas, contempladas no estatuto jurídico próprio da função; e as acarretadas

¹⁸ Vale mencionar que o art. 3º da Lei nº 1079/50 ratifica o teor do que aqui se sustenta, pois o julgamento por crime de responsabilidade não impedirá o processo e julgamento do acusado por crime comum.

¹⁹ “A ação penal ou processo-crime, como ninguém ignora, tem por objeto o conhecimento da prática de um crime e a aplicação da pena correspondente, tudo nos estreitos termos da lei anteriormente promulgada. Ora, a mesma Lei nº 8429, a par das disposições que têm por objeto a definição dos atos de improbidade administrativa e a fixação das penas correspondentes, contém uma só definição de crime: é a constante do art. 19. Por conseguinte, pode-se, em teoria, discutir sobre se a ação de improbidade administrativa tem natureza cível, ou se ela é *sui generis*. O que parece, contudo, indisputável é que essa ação judicial não tem natureza penal”. COMPARATO, Fábio Konder.

²⁰ AgInt no AREsp 747.465/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 17/04/2017. EDcl no AgRg no REsp 1.216.168/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 4/10/2013; AgInt no AREsp 926.632/PB, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 23/11/2016; AgRg no AREsp 719.390/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/9/2016; AgRg no AREsp 426.418/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6/3/2014; e AgRg no REsp 1181291/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11/11/2013.

pela incidência nas improbidades administrativas da Lei nº 8429/92, de modo geral mais graves que as anteriores. Especificamente quanto a estas últimas, predomina a natureza civil e eventualmente política, porquanto decorrem do seu reconhecimento o ressarcimento dos danos causados ao erário, a suspensão dos direitos políticos e a indisponibilidade dos bens²¹. Apesar de não afastar a possibilidade de um ato de improbidade administrativa configurar, também, fato penalmente típico, importante indicar que, na ordem civil, são aplicáveis outras sanções.²²

5. Da Natureza Jurídica da Ação de Improbidade Administrativa

Como argumento de reforço, para ratificar a natureza cível da demanda de improbidade administrativa, sobreleva notar que o patrimônio público econômico (bens ou valores geridos por entidades de direito público interno e pelas extensões jurídico-privadas da Administração Pública) e o interesse no sentido de uma Administração proba são, a toda evidência, interesses transindividuais, ou seja, interesses representados por número indeterminado de pessoas ligadas por relações básicas fáticas. São, pois, interesses difusos (art. 81, parágrafo único, I, CDC). Em sentido amplo, podem até ser considerados como interesse público. A moralidade administrativa e seus desvios, com consequências patrimoniais para o erário público, enquadram-se, portanto, na categoria dos interesses difusos, habilitando o Ministério Público, bem como os demais legitimados coletivos (art. 5º, Lei nº 7.347/85 e art. 17,

²¹ “Configura-se a hipótese do agente político condenado pelo ato de improbidade consistente em apropriar-se de bem público. Essa circunstância não implica que não possa receber, em ação penal, a pena de reclusão prevista no art. 312 do Código Penal, para o peculato-apropriação, se houver plena subsunção típica. Idem, quanto ao agente público que recebe propina, ato de improbidade. Há figuras de improbidade que se enquadram como ilícitos penais, cujas sanções também trazem a perda do cargo ou da função pública. O Código Penal traz os seguintes exemplos: o peculato (art. 312), a concussão (art. 316), a corrupção passiva (art. 317), a prevaricação (art. 319) e a advocacia administrativa (art. 321) e também realiza, em tese, delito de corrupção passiva inscrito no art. 317 do Código Penal. A sanção debitada ao ato de improbidade não se comunica com aquela merecida pelo delito.” (FAZZIO JÚNIOR, Waldo *Ato de Improbidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.)

²² “A ressalva do art. 12, *caput*, da Lei Federal nº 8429/92 mostra que, além das sanções típicas (a lei é plena sanção de natureza civil) de seus incisos, “pode ser infligida outra sanção civil, prevista em lei específica” (cf. MATTOS NETO, Antonio José de, *Responsabilidade Civil...*, RT, 752/38). Esse dispositivo, conjugado com os arts. 21 da Lei Federal nº 7347/85 e 83 da Lei Federal nº 8078/90, admite sanções atípicas (como nulidade de contrato – art. 59 da Lei Federal nº 8666/93), pois é possível a dedução de qualquer pedido visando à entrega de algum tipo de prestação jurisdicional na ação civil pública (declaratório, condenatório, constitutivo e mandamental), inclusive os previstos no art. 3º da Lei Federal nº 7347/85, obrigação de fazer (prestação de atividade devida) ou de não fazer (cessação de atividade nociva), como prestar contas (ao órgão competente), abster-se de desviar verba pública para outra entidade que não a prevista em lei, aplicar verba pública segundo a lei etc. e outros, como a anulação ou declaração de nulidade de ato público civil, administrativo, comercial (compra e venda ou doação simuladas ou fraudulentas, licitação e controle administrativo, concessão de crédito, isenção, anistia etc.)” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002). No mesmo sentido, na doutrina, vale mencionar: “(...) não nos parece ser possível, por via interpretativa, equiparar o ilícito previsto pela Lei nº 8.429/92 e os chamados crimes de responsabilidade. Trata-se de esferas diferentes e autônomas de responsabilização do agente público. Os chamados crimes de responsabilidade configuram ilícitos de natureza político-administrativa, ao passo que a improbidade é ilícito civil. A própria Constituição, no art. 37, §4º, dispôs sobre a autonomia das instâncias penal, civil e administrativa.” COSTA, Susana Henriques da. *O processo coletivo na tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa: ação de improbidade administrativa, ação civil pública, ação popular*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Lei nº 8.429/92), a demandar em juízo acerca dos mesmos. Conclui-se, portanto, ser a ação de improbidade administrativa uma garantia processual coletiva, que tem por escopo proteger o direito difuso à probidade administrativa.²³

Identificados com o amplo espectro dessa conceituação legal, o direito à probidade administrativa e à proteção da *res publica* tem alocação, como não poderia deixar de ser, entre as funções institucionais do Ministério Público unidas no Texto Maior, tuteladas mediante Ação Civil Pública, conforme preconizado no art. 129, inciso III, CR/88²⁴. No mesmo sentido, podemos destacar o art. 25 da Lei Federal nº 8625/93.²⁵

Nada impede, pois, concluir que a ação civil prevista na Lei nº 8429/92 pode ser ação civil pública, cabendo perfeitamente nos moldes estabelecidos pelo art. 1º, incisos IV e VIII da Lei nº 7347/85²⁶. Ademais, basta uma mera leitura da súmula preambular da Lei nº 7347/85, quando resume o seu teor, para se depreender que o nome adotado é Ação Civil Pública para qualquer tipo de demanda que vise proteger os interesses de que trata a lei²⁷. Ora, se o Ministério Público tem legitimidade para ajuizar ação civil pública, em defesa de quaisquer interesses difusos ou coletivos, especificamente do patrimônio público; se, também, tem legitimação concorrente à ação cabível no âmbito da improbidade administrativa (art. 17 da Lei nº 8429/92); se a Lei de Improbidade Administrativa não especifica a natureza da ação que regula, limitando-se a definir-lhe o rito (comum – art. 318, CPC), inexistente razão, de matriz jurídica, a desaconselhar o entendimento que eleva a ação civil de improbidade administrativa ao nível de ação civil pública.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou a respeito, em diversos julgados, admitindo expressamente o emprego da expressão ação civil pública para designar

²³ “Logo, foi profunda a preocupação do Constituinte com a proteção ao patrimônio público em geral, e com a probidade e a moralidade administrativa, em especial, a ponto de ter tornado a proteção a ambos um direito fundamental do cidadão brasileiro, indicando, ainda, deveres de comportamento do Estado a benefício da dignidade da pessoa humana, o que efetivamente se dá mediante preceitos de transparência, probidade e igualdade substancial.” MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. As três ações coletivas previstas na Lei nº 8.429/92: algumas breves anotações. In: *Temas avançados do Ministério Público*. Salvador: Juspodivm. Organizadores: Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Wagner Marteleto Filho.

²⁴ “São funções institucionais do Ministério Público: III – promover o Inquérito Civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.” Nas corretas palavras de Waldo Fazzio Júnior: “Esse mandamento maior, além de indicar a proteção do patrimônio público, identifica-o com outros interesses difusos e coletivos. Isso leva a duas conclusões: os bens jurídicos de que trata a Lei nº 8429/92 integram o elenco dos interesses difusos e coletivos e, corolariamente, o Ministério Público está autorizado a defendê-los em juízo por meio da ação civil pública. (...) Depois, não se pode restringir a ação civil de improbidade administrativa à imediatidade da restauração do tesouro público lesado. É um instrumento para se alcançar a afirmação superior dos direitos republicanos, sobretudo da preservação da probidade administrativa. É o corretivo-meio, o remédio processual absolutamente necessário para assegurar a inviolabilidade administrativa, no rumo ditado pelos princípios definidos no art. 37, *caput*, bem como no art. 129, III, ambos da Constituição Federal.” (*Atos de Improbidade Administrativa* – Doutrina, Legislação e Jurisprudência. 2ª ed. Editora Atlas. p.301-302.)

²⁵ “Promover o inquérito civil e a ação civil pública na forma da lei para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem.”

²⁶ “As ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (IV) – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. (...) (VIII) ao patrimônio público e social.”

²⁷ “Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.”

a ação de conhecimento visando reprimir os atos de improbidade administrativa.²⁸ Diante da reiteração de precedentes neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 329, exatamente no sentido do que aqui se sustenta.²⁹

Por fim, impende salientar que a doutrina, seguindo a mesma toada aqui sustentada, ratifica a natureza cível da demanda de improbidade administrativa, bem como, por conseguinte, a própria natureza das sanções decorrentes, conforme abordado no item anterior.³⁰

²⁸ Resp. 199.478/MG, 1ª Turma; Reclamação 591/SP, Corte Especial; Resp. 154.128/SC; Resp. 167.344/SP; Resp. 98.648/MG; Resp. 149.096; Resp. 226.863/GO; RMS 7750/SP; Resp. 469.366 e Resp. 67.148/SP.

²⁹ “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público.”

³⁰ “Com suporte na Lei nº 8429/92 pode o pedido da ação civil pública contemplar as sanções inerentes à improbidade administrativa, sendo despidendo prender-se ao rótulo da ação, mas ao tema em discussão. Também viável a cumulação de ações. Logo, quando o MP promove ação civil pública para a proteção do patrimônio público lesado por ato de improbidade, está ele utilizando atribuição constitucional expressamente prevista. Está também defendendo os princípios da legalidade e da moralidade, quando afetados pelo ato improprio. Caso não se colocasse tal defesa no âmbito da ‘lesão do patrimônio público’, forçosamente ela estaria incluída na norma de extensão (‘qualquer outro interesse difuso ou coletivo’) e no art. 127, *caput*, da CF/88 (‘defesa da ordem jurídica’). Pode-se afirmar, em conclusão, que a legitimação do MP para promover ação civil pública por ato de improbidade administrativa decorre, em primeiro lugar, da norma constitucional (art. 127, *caput*, e 129, III, da CF) e, em segundo, da Lei nº 7347/85, art. 5º, e da Lei nº 8429/92, art. 17.” (ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos Controvertidos da Ação Civil Pública*. Editora RT. 2ª ed. p.45-46). Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves assim se manifestam: “Entra pelos olhos, desta forma, que a incidência, ou não, das regras previstas na Lei de Ação Civil Pública, de sua técnica de tutela, independentemente do nome que se queira dar à ação e ao rito que se deseje imprimir, vai depender, fundamentalmente, da identificação, ou não, de um interesse coletivo ou difuso, objeto do referido diploma legal. Se considerarmos que a Lei nº 8429/92 compõe, ao lado de outros instrumentos constitucionais e infraconstitucionais, o amplo sistema de tutela do patrimônio público, interesses difusos, a possibilidade de manejo da ação civil pública na seara da improbidade, quer pelo Ministério Público, quer pelos demais colegitimados, torna-se clara. Claríssima, de *lege lata*, em razão da regra contida no art. 129, III e §1º, da Constituição Federal, o que, a nosso juízo, torna até desimportante a discussão sob o enfoque puramente dogmático. Equivocada, assim, data vênica, a assertiva do descabimento da ação civil pública com vistas ao ressarcimento dos danos causados ao erário e à aplicação das sanções do art. 12 da Lei nº 8.429/92 em razão do suposto rito especial adotado pela Lei nº 7347/85. Equivocada, *rogata venia*, não só porque o rito da ação civil pública não é especial, como também, mesmo que especial fosse, ou venha a ser, porque a questão do procedimento, para fins de incidência da Lei, de sua técnica protetiva, como visto, é de nenhuma importância.” (GARCIA, Emerson. *Improbidade Administrativa*. Editora Lumen Juris. 4ª ed. p. 601-602) “No sistema anterior, a tutela jurisdicional do patrimônio público somente era possível mediante ação popular, cuja legitimação ativa era e é do cidadão (CF 5º LXXIII). O autor (LAP 9º). A CF 129, III, conferiu legitimidade ao MP para instaurar Inquérito Civil e ajuizar ACP na defesa do patrimônio público e social melhorando o sistema de proteção judicial do patrimônio público, que é uma espécie de direito difuso. O amplo conceito de patrimônio público é dado pela LAP 1º *caput* e §1º.” (NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil e Legislação Processual Extravagante em vigor*. Editora RT. p.1018, nota 25, art. 1º, inciso IV, Lei nº 7347/85). “A própria ação de improbidade administrativa, regida pela Lei nº 8429, de 02.06.92, enquadra-se como espécie de ação civil pública, seguindo o mesmo procedimento, tendo como finalidade a defesa dos entes públicos contra os atos de enriquecimento ilícito, ou que causam prejuízos ao erário público, ou que ofendem certos valores e princípios morais da administração pública. (...) Sem dúvida, a ação de improbidade administrativa enquadra-se como ação civil pública, já que a defesa visada com a sua utilização tem em vista interesses transindividuais, de cunho difuso, como decorre especialmente do inciso III do art. 129 da Constituição Federal, o qual incumbe ao Ministério Público promover a ação para a tutela de uma gama de interesses públicos, nos quais se incluem os de defesa do patrimônio dos entes estatais. (...) Ora, se cominada a incumbência da tutela do patrimônio público e social através da ação civil pública, e procedendo-se à defesa mediante a ação de improbidade, resta silogisticamente correto concluir que a ação civil para tanto se enquadra como pública, com todas as prerrogativas e os instrumentos próprios da Lei nº 7.347.” (RIZZARDO, Arnaldo. *Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa*. Editora GZ). “A Lei da Ação Civil Pública limitava, é certo, a defesa dos interesses tratados aos provimentos de natureza condenatória, de valor em dinheiro ou ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer

Ainda que se pretenda afastar a sua natureza de ação civil (pública), impende salientar que a atual ciência processual proscreve o sistema das ações típicas, de tradição romana, por intermédio do qual se buscava aprisionar a veiculação das pretensões a determinados modelos, a determinados tipos de ação. O Direito Processual se preocupa, nos dias atuais, com a efetividade dos mecanismos de tutela jurisdicional, com a celeridade da atuação interventiva e garantidora do Estado-Juiz, acolhendo a máxima de que o processo deve dar a quem tem um direito, individual ou coletivamente considerado, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele pode e deve obter. A bem da verdade, jamais afastando a natureza cível das demandas coletivas, vigora o princípio da atipicidade das demandas coletivas em nosso ordenamento, denotando que o essencial é ser adequada e efetiva para a proteção integral da coletividade e não o *nomem iuris* da demanda.³¹

6. Da Submissão dos Agentes Políticos aos Ditames da Lei de Improbidade Administrativa

Não há nenhuma norma jurídica constitucional positivada que imunize os agentes políticos, sujeitos a crime de responsabilidade, de qualquer das sanções

(art. 3º), excluindo a possibilidade de se lançar mão de remédios de natureza declaratória ou constitutiva. Essa limitação, entretanto, foi suprimida pelo art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, que permitiu o recurso a todas as ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, com aplicação à Lei da Ação Civil Pública. Relativamente ao Ministério Público, deve-se considerar ainda que, com a entrada em vigor do texto constitucional, a legitimação do Ministério Público, para a defesa dos interesses elencados na Lei nº 7347/85, passou a decorrer da própria Constituição Federal permitindo a formulação de pedido de qualquer natureza. Conforme interpreta Hugo Nigro Mazzilli, 'o art. 129, III, da Constituição da República, permite a propositura de qualquer ação civil pública pelo Ministério Público, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, não limitando seu objeto a pedido condenatório' (SALLES, Carlos Alberto de. *A defesa dos interesses difusos em juízo*: meio ambiente, consumidor e patrimônio cultural. São Paulo: RT, 1991. p. 97) e (Legitimidade para agir: Desenho Processual da Atuação do Ministério Público, in: *Ministério Público – Instituição e Processo*. p. 256-257). "Partindo de aceita conceituação doutrinária, a ação civil de que trata o art. 17 é pública porque, sendo a probidade administrativa interesse transindividual, indivisível e de titulares indeterminados, pertencendo à categoria dos difusos (cujos objetos são o patrimônio público e social e a moralidade administrativa), a ação que tende a protegê-lo, prevenindo e responsabilizando danos morais e patrimoniais, é a demanda molecular (a ação civil pública criada pela Lei Federal nº 7347/85, art. 1º, IV, com o objeto ampliado pelo art. 129, III, da CF). (...) Em suma, está consolidado na jurisprudência: a) a legitimidade ativa do Ministério Público e a adequação da via eleita (ação civil pública) para a imposição das sanções contra a improbidade administrativa e reparação de dano ao erário na defesa do patrimônio público, considerando a missão como tutela de interesse difuso consistente no direito a uma Administração Pública proba e honesta, que não se confunde com a representação judicial de entidades públicas e não é excluída pela ação popular; b) a inexistência de incompatibilidade de rito entre as Leis nº 7347/85 e nº 8.429/92; c) a reversão da indenização ao erário e não ao fundo do art. 13 da Lei nº 7.347/85, pela especialidade da Lei nº 8.429/92 ao estabelecer que a condenação ao ressarcimento do dano ao erário reverte diretamente ao patrimônio da pessoa jurídica pública que suportou o prejuízo, porque a reversão da condenação em dinheiro ao citado fundo é restrita aos casos de impossibilidade da recomposição dos danos". (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4ª ed. Editora Saraiva. p.399-404-405).

³¹ Esse princípio quebra o dogma do batismo das ações que há muito no processo individual. Pela ideia desse princípio não importa qual foi a ação proposta, importando se ela foi a mais adequada e efetiva à proteção da coletividade. Art. 83 do CDC. Art. 5º, incisos XXI e LXX da Constituição; art. 8º, inciso III; art. 127, parte final; art. 129, inciso III; art. 29-A; art. 15, inciso V; art. 37, §4º; art. 55, incisos II e IV, §§ 2º e 3º; art. 14, §10; art. 85, inciso V; art. 208, inciso IV c/c art. 5º da Lei nº 9394; art. 211, §2º da Constituição; Arts. 1º e 4º do DL 201/67; art. 9º da Lei nº 1079; art. 1º LAPop; art.s 1º e 5º da LACP; art. 17 da LIA; art.s 21 e 22 da LMS; art. 1º da Lei nº 9868; art. 1º da Lei nº 9882; art. 1º do Estatuto do Torcedor; art. 201 do ECA; art. 81 do Estatuto do Idoso; art. 12 da Lei nº 10257; art. 30 da Lei nº 12846; art. 1º da Lei nº 8884; art. 1º da Lei nº 7853; art. 1º da Lei nº 7913; art. 14, §1º da Lei nº 6938; art. 2º-A da Lei nº 9494.

por ato de improbidade administrativa previstas no art. 37, §4º da Constituição da República. Seria incompatível com a Constituição da República eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade dessa natureza.³²

A análise do cabimento da submissão de agentes políticos às sanções judiciais por atos de improbidade administrativa, nos termos do §4º, do art. 37, da Constituição e da Lei de Improbidade Administrativa, passa inicialmente pela lembrança de que todos são iguais perante a lei.

Admitindo-se que agentes políticos estariam alforriados à incidência das regras constantes dos mencionados dispositivos, que punem a improbidade administrativa, ocorreria significativa quebra inteiramente injustificada desse princípio constitucional.

Sem embargo da ressalva de que os agentes políticos poderiam ser responsabilizados (mas apenas no próprio âmbito político) por atos de improbidade que caracterizassem também crimes de responsabilidade, é forçoso reconhecer que o arcabouço sancionador da improbidade, contido na própria Constituição, não permite a exclusão da responsabilidade judicial de tais agentes estatais.

A exclusão do sancionamento dos agentes políticos nos termos do §4º do art. 37 da Constituição e da Lei nº 8.429/92 acaba fazendo com que a boa previsão constitucional e legal da punição da improbidade, em defesa da preservação do estrito atendimento aos princípios constitucionais que norteiam a atuação do Estado de modo geral (e é isso que fazem os princípios consignados no *caput* do art. 37 da CR/88), atinja apenas subordinados, subalternos, servidores públicos em sentido estrito, mantendo, porém, ao largo da punição pelo mal proceder, justamente os chefes, os que comandam, os que exercem a vontade política do Estado e dirigem toda a administração pública.

É preciso reconhecer a ênfase posta pela Constituição Federal na preservação da ampla e severa observância dos princípios constitucionais da administração pública, por parte de todos os agentes políticos, detentores de mandatos eletivos inclusos. Essa ênfase resulta de várias vertentes.

Em primeiro lugar, da referência textual a tais princípios, no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Em segundo lugar, da referência genérica, sem qualquer restrição à condição funcional de seus autores, de que atos de improbidade administrativa importarão a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, o ressarcimento de danos ao erário, quando for o caso, e a indisponibilidade de bens, quando providência necessária. Tudo previsto pelo §4º, do art. 37, da CR/88. A imposição das sanções é de rigor, qualquer que seja a categoria funcional do agente político responsável pelo ato de improbidade administrativa.

Sem prejuízo destas, remanesce também a possibilidade da responsabilização no âmbito político, que fica a cargo do Legislativo, quando o ato de improbidade também corresponde a crime de responsabilidade de autoria de agente político.

³² Ao contrário, como podemos extrair dos seguintes arts.: 14, §9º, 15, V, 29-A, §3º, 52, I e II e parágrafo único, 55, II e IV e §§ 2º e 3º, 85, V, 96, III, 102, I, c), 105, I, a) e 108, I, a) todos da Constituição da República.

Mesmo quando um específico ato de improbidade administrativa também puder ser assimilado a crime de responsabilidade, nem por isso deixará de ser viável a responsabilização judicial de seu autor, justamente na perspectiva da improbidade. Os dois âmbitos de possível responsabilização jurisdicional, pela improbidade, e política, correm paralelos, sem que um jamais exclua o outro.

Com certeza também no exercício da atividade legislativa e da atividade jurisdicional, todos os agentes do Estado hão de se pautar pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Embora o *caput* do art. 37 da Constituição mencione a administração pública direta e indireta, não menos certo é que também se reporta a todos os poderes do Estado, sem excluir qualquer um.³³

Assim, todos os agentes políticos, qualquer que seja a categoria na qual se os pretenda enquadrar, de sorte a estarem, por evidente, também abrangidos, devem guardar a mais estrita observância aos princípios referidos. Nada existe no texto constitucional no sentido de que, em face de agente político, permita concluir pelo cabimento única e exclusivamente de uma responsabilidade político-administrativa.

³³ “De tudo se conclui que também agentes políticos respondem por atos de improbidade administrativa, podendo também em face deles o Judiciário aplicar as sanções pertinentes. Ademais, na ação de improbidade administrativa podem ser aplicadas ao agente político todas as sanções por improbidade previstas pelo §4º, do art. 37, da CF/88 e pelo art. 12 da LIA. A responsabilização judicial pelo cometimento de ato de improbidade é independente da potencial responsabilização político-administrativa pelo mesmo ato. Ambas acham-se albergadas pelo texto constitucional, na medida em que o *caput* do art. 37 da Constituição se dirige a todos os agentes do Estado, quaisquer que sejam suas funções e na medida em que o respectivo §4º também não empreende qualquer distinção. Convivem, portanto, lado a lado e sem que uma seja prejudicada pela outra, as duas potenciais de perda do cargo: por sentença de procedência de ação por improbidade, ou por decisão político-administrativa, observados os pertinentes parâmetros constitucionais”. (DECOMAIN, Pedro Roberto: *Improbidade Administrativa e Agentes Políticos* – Estudos sobre Improbidade Administrativa em Homenagem ao Prof. J. J. Calmon de Passos, p.49). “Com o conceito amplo do art. 2º, a Lei nº [8429/92] atinge todo aquele que se vincula à Administração Pública, com ou sem remuneração, definitiva ou transitoriamente, abrangendo servidores e funcionários públicos, civis e militares, agentes políticos, administrativos, honoríficos, delegados e credenciados, quer sejam pessoas físicas, quer jurídicas, ou seja, todo aquele que exerce função pública (mandato, cargo, emprego ou função pública), independentemente do modo de investidura (nomeação, designação, eleição, contratação, credenciamento, delegação de serviço público, convocação, requisição, parcerias e contrato de gestão, nos termos do art. 70, parágrafo único, da CF e das Leis Federais nº 9637/98 e 9790/99 etc.)” (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 279. Não se pode introduzir no texto constitucional o que ele não contém. Está dito que o crime de responsabilidade só implicará perda do cargo e na inabilitação para o exercício da função pública por oito anos. Não está dito que só o crime de responsabilidade implicará perda do cargo e na inabilitação para o exercício da função pública por oito anos. O local da colocação do advérbio, no caso, é absolutamente decisivo e revelador da vontade do legislador constitucional. Não está dito, por outro lado, que agente político só responde por crime de responsabilidade. Se assim fosse, e considerando a ordem de raciocínio até agora exposta, a única sanção que poderia sofrer um agente político seria a perda do cargo, livrando-se, assim, de uma eventual condenação criminal e de uma condenação ao ressarcimento dos danos que eventualmente tiver causado (relembre-se que por crime de responsabilidade o agente político não pode ser condenado a recompor os cofres públicos, por exemplo). Mas assim não é. O agente político poderá ser condenado a outras sanções, em outras esferas, se o mesmo ato, caracterizador de crime de responsabilidade, constituir outro ilícito – crime comum ou ato de improbidade. Tanto assim que o próprio parágrafo único do art. 52 [da CF/88] deixa expresso que não haverá prejuízo das demais sanções judiciais cabíveis”. (GARCIA, Mônica Nicida: *Responsabilidade do Agente Público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p.283). “Os agentes políticos são sujeitos ativos em potencial dos atos de improbidade administrativa, conclusão, aliás, que encontra ressonância nos termos extremamente amplos do art. 2º da Lei de Improbidade...” (GARCIA, Emerson: O combate à corrupção no Brasil: Responsabilidade ética e moral do Supremo Tribunal Federal na sua Desarticulação. *Revista do Ministério Público*. Rio de Janeiro: MPRJ, nº 27, jan./mar. 2008).

Além disso, de acordo com a própria dicção do art. 2º da Lei nº 8429/92, que define agente público para os fins daquela lei, nesse conceito se incluem os ocupantes de “mandato” e todos os agentes públicos investidos nos respectivos cargos por “eleição”. A mesma referência a ocupante de mandato em qualquer das entidades referidas no art. 1º, consta também no art. 9º da lei, que relaciona os atos de improbidade marcados por vantagem patrimonial ilícita auferida pelo agente.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça segue a mesma toada, ressaltando, contudo, os agentes políticos que se submetem à competência do Supremo Tribunal Federal³⁴. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, somente os casos nos quais o ordenamento jurídico constitucional excepcionou poderão ser afastados do alcance do regime jurídico sancionatório da lei de improbidade administrativa, tais como o Presidente da República (art. 86 da Constituição da República) e os Ministros de Estado³⁵. Em que pese o entendimento do Superior Tribunal de Justiça afastar a possibilidade de punição de tais agentes políticos por ato de improbidade, continuamos a defender a tese contrária à imunização, pois há erro de premissa na interpretação da corte. Entendemos que há certa confusão entre o regime jurídico procedimental do julgamento com a prática do fato ensejador.

O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, apesar de já ter afastado a aplicação da lei de improbidade administrativa dos agentes políticos, em caso específico envolvendo Ministro de Estado³⁶, tem entendimento já consolidado, em alguns precedentes, no sentido da possibilidade da punição destes agentes por ato de improbidade, sem utilização do foro por prerrogativa de função, seguindo a mesma linha argumentativa aqui exposta³⁷. Ora, se afasta a aplicação do foro por prerrogativa de função, não teria o menor sentido não aplicar a lei de improbidade administrativa, pois os agentes políticos que estão sujeitos ao regime jurídico do crime de responsabilidade (Lei nº 1.079/50 e Dec-Lei nº 201/67) não respondem por este ato perante o juízo de primeiro grau (arts. 52, I e II, 96, III, 102, I, c, 105, I, a e 108, I, a), todos da Constituição da República.

Assim, ao analisar as mais recentes decisões monocráticas dos Ministros da Suprema Corte, é possível afirmar que a tendência será a fixação de tese jurídica pela aplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos submetidos ao regime jurídico do crime de responsabilidade.³⁸

³⁴ REsp. 1.025.300-RS, DJe 2/6/2009; REsp. 1.119.657-MG, DJe 30/9/2009; REsp. 908.790-RN, DJe 2/2/2010, e REsp. 892.818-RS, DJe 10/2/2010. REsp. 1.135.767-SP, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 25/5/2010. AgInt no AREsp 747.465/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 17/04/2017).

³⁵ REsp. 1530234/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/10/2015, DJe 15/10/2015.

³⁶ Rcl. 2138/DF. No bojo deste precedente, o STF fixou duas teses jurídicas: a) inaplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos submetidos ao regime jurídico do crime de responsabilidade; b) equiparou o crime de responsabilidade e o ato de improbidade administrativa reconhecendo, portanto, que a aplicação de ambos os regimes acarretaria *bis in idem*.

³⁷ Pet. 3923 QO/SP, Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 13-06-207. Pleno, Rcl. – MC – AgR nº 6034/SP, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 25.06.08, publicado no Dje de 29.08.2008, vol. 2330-02, p.306. Pet 3067 AgR, Rleato Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 19.11.2017. Rcl. 3638 AgR, Rel. Min. Rosa Weber, 1ª Turma, j. 21.10.2014. ARE 806.293, Rel. Min. Carmen Lúcia, j. 03.06.2014.

³⁸ Pet 5.080, DJ 01/08/13, Rcl. 15.831, DJ 20/06/13, Rcl. 15.131 DJ 04/02/13, Rcl. 15.825, DJ 13/06/13, Rcl. 2.509, DJ 06/03/2013.

7. Conclusão

Considerando todo o exposto neste artigo, forçoso concluir o seguinte: a) O Supremo Tribunal Federal reconhece a natureza jurídica cível da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, bem como a aplicabilidade da lei de improbidade administrativa aos agentes políticos e a inexistência de foro por prerrogativa de função, exceto quando se tratar de Ministro da própria Corte; b) O Superior Tribunal de Justiça segue atualmente a mesma toada do Supremo Tribunal Federal, mas fixou tese jurídica no sentido da inaplicabilidade da lei de improbidade administrativa ao Presidente da República.